



PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/53773>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Boom Juridische uitgevers
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
F (070) 330 70 30
E info@bju.nl
I www.bju.nl

EstateTip

Twee voor de prijs van één?! Dubbel schenken met de tweetrapsschenking

De estate planner let doorgaans op de 'kleintjes', waarbij hij tevens oog heeft voor de wensen en noden van zijn cliënt, die zeker niet altijd op belastingbesparing of aanzienlijke vermogensoverheveling gericht zijn.

Dat de schenking/gift, al dan niet in een '*schenkingsplan*' gegoten, een vast onderdeel in de estate planningsadvisering vormt, is vanzelfsprekend. *Tarief-* en *vrijstellingsoptimalisatie* zijn de 'codewoorden' waarop doeltreffend met schenkingen/giften kan worden ingespeeld.

Alle voordelen ten spijt, roept de min of meer ongecontroleerde vermogensoverheveling naar een volgende generatie nogal eens bezwaren van *emotionele* aard op. Soms terecht, soms een kwestie van 'koudwatervrees'. Niettemin ligt het op de weg van de estate planner (ook) deze bezwaren te onderkennen en daar, waar mogelijk, op in te spelen en van een passende reactie te voorzien.

De emotionele bezwaren zijn zeer uiteenlopend van aard. Zo zijn er de schenkers die zich niet graag 'uitkleden voor het naar bed gaan'. Dat kan worden ingegeven door de behoefte om 'in control' te blijven, of omdat men op oudere leeftijd niet graag in financieel afhankelijke omstandigheden komt te verkeren. Deze motieven zijn 'in de persoon' van de *schenker* gelegen.

Maar, wellicht nog frequenter, heeft men 'twijfels' over de *begiftigde*. Is deze in staat het overgehevelde vermogen op verantwoorde wijze te beheren? Wat gebeurt er als de begiftigde failliet gaat en het risico bestaat dat het geschonken vermogen aan diens crediteuren ten goede komt? Of: bij wie komt dit vermogen toe na bijvoorbeeld het overlijden van de begiftigde? Wellicht bij de 'koude kant'! En wat als de begiftigde vóór de schenker komt te overlijden en het vermogen via diens nalatenschap weer terugvloeit? Het 'droit de retour' als zodanig komt immers niet meer in de wet voor.

De schenkingsregeling bevat een keur aan mogelijkheden om aan de hiervoor bedoelde bezwaren tegemoet te komen. Denk maar eens aan het *schenkingsbewind* (art. 7:182 BW) of de *herroepelijke* schenking/gift. Methoden en technieken waarop wij in *EstateTip* ongetwijfeld nog vaak terug zullen komen.

Deze keer vragen we enige aandacht voor de *tweetrapsschenking*. Met artikel 7:180 BW kan vermogensoverheveling door middel van een tweetrapsschenking/-gift plaatsvinden, waarbij de schenker als het ware tweemaal over het geschonkene kan beschikken. Voor zover wij kunnen nagaan is het denken over de tweetrapsschenking, anders dan bijvoorbeeld de herroepelijke schenking/gift, nog niet echt 'ontwikkeld'. We maken in deze *EstateTip* een begin met de ontdekkingsreis.

Artikel 7:180 BW luidt als volgt:

‘Op schenkingen onder een ontbindende voorwaarde en een daarbij aansluitende schenking onder opschortende voorwaarde zijn de artikelen 140 lid 1 en 141 van Boek 4 van overeenkomstige toepassing.’

De gekozen bewoordingen komen u bekend voor. Deze zijn namelijk te vinden in artikel 4:141 BW alwaar de basis voor de *tweetrapsmaking* wordt gelegd.

Kort gezegd houdt een tweetrapsschenking een schenking ‘uit de hand’ en een schenking ‘over de hand’ in. De juridische vraagstukken die een dergelijke schenking oproepen zijn vergelijkbaar met die van de tweetrapsmaking.

De *eerste* vraag die bij een tweetrapsschenking kan worden gesteld, heeft betrekking op de ‘looptijd’ van de voorwaarde(n). Door de verwijzing naar artikel 4:140 BW is deze looptijd namelijk tot dertig jaren beperkt. Na verloop van deze termijn vervalt de voorwaarde indien deze ontbindend is, dan wel vervalt de verkrijging indien de termijn opschortend is. De verwijzing naar artikel 4:141 BW brengt echter uitkomst.

De *temporele beperking blijft buiten toepassing indien de ontbindende en de opschortende voorwaarde, volgens welke het geschonkene op het tijdstip van het overlijden van de ‘bezwaarde begiftigde’ of op een eerder tijdstip door de ‘verwachtende begiftigde’ wordt verkregen, op elkaar aansluiten, en deze begiftigde het einde van het ‘bezwaar’ overleeft.*

Een *tweede* vraag ziet op de aanvaarding van de schenking/gift. Bij een tweetrapsschenking is het namelijk niet ondenkbaar dat de beoogde, verwachtende begiftigde nog niet bestaat op het moment dat de schenker overlijdt. Artikel 7:181 lid 1 BW bepaalt echter dat het schenkingsaanbod dat niet door de dood van de schenker vervalt, en daarvan kan bij een tweetrapsschenking in beginsel worden uitgegaan, niet kan worden aanvaard door iemand die ten tijde van het overlijden van de schenker nog niet bestaat. Ook de schenkingsregeling kent derhalve een ‘*bestaanseis*’.

Hierop worden in artikel 7:181 lid 2 BW een aantal uitzonderingen geformuleerd, in welke gevallen de ‘verwachtende begiftigde’ derhalve niet hoeft te bestaan ten tijde van het overlijden van de schenker, en nadien de ‘tweede trap’ nog kan aanvaarden. Ook deze bewoordingen komen u bekend voor; ze stemmen namelijk inhoudelijk overeen met de uitzonderingen op de ‘erfrechtelijke bestaanseis’ in artikel 4:56 BW.

Met deze eenvoudige ‘basisingrediënten’ kunt u al snel met de tweetrapsschenking aan de slag. Vanzelfsprekend kunnen allerlei modaliteiten worden aangebracht, waarop wij graag nog eens in *EstateTip* zullen terugkomen.

Wat zijn in het oog springende aandachts-/vraagpunten?

Men kan zich afvragen of – net zoals bij de tweetrapsmaking – ook hier de discussie speelt of de vruchtgebruikbepalingen van overeenkomstige toepassing zijn op de verhouding tussen bezwaarde en verwachtende begiftigde. Het antwoord is snel gegeven. Naar artikel 4:138 lid 2 BW wordt in titel 7.3 BW niet verwezen, dus kunt u zich er ‘gemakkelijk van afmaken’ en de verhouding ongeregeld laten. Dit verdient

vanzelfsprekend niet de voorkeur (zie over de 'overeenkomstige toepassing' van de vruchtgebruikregeling bij de tweetrapsmaking, bijvoorbeeld B.M.E.M. Schols, F.W.J.M. Schols, 'Over de dood heen.' De tweetrapsmaking: een prima instrument, *Fiscaal Tijdschrift Vermogen* nr. 7-8, juli/augustus 2003).

Bij het invullen van de 'trappen' dient u vanzelfsprekend de kongsie van artikel 7:181 lid 2 BW in de gaten te houden. 'Overtreding' betekent dat de 'tweede trap' niet kan worden aanvaard. In beginsel zal, afhankelijk van onder meer de gekozen formulering en bewoordingen van de gift, het geschonkene terugkeren in het vermogen van de schenker, of diens erfgenamen.

De fiscaliteit mag bij het gebruik van de tweetrapsschenking zeker niet uit het oog worden verloren. Bij schenkingen onder een ontbindende voorwaarde wordt met die voorwaarde voor het schenkingsrecht geen rekening gehouden (art. 21 lid 2 SW 1956). Gaat de voorwaarde in vervulling, dan wordt op grond van artikel 53 SW 1956 geredresseerd. Daarentegen zal bij een schenking onder opschortende voorwaarde eerst dienen te worden aangegeven en worden geheven als deze voorwaarde in vervulling is gegaan (art. 46 lid 2 SW 1956). Dit betekent echter niet dat de schenking dan ook pas op dat tijdstip plaatsvindt. In dezen wordt in beginsel het civiele recht gevolgd, als gevolg waarvan de schenking op het ~~eerste~~ eerdere tijdstip van aanbod en aanvaarding totstandkomt (aldus P-G Niessen, in zijn conclusie van 22 december 2005, nr. 41.007).

Voor de 'echte' tweetrapsschenking, dat wil zeggen met 'aansluitende voorwaarden' en 'overleving', geldt voor de eerste trap hetgeen hiervoor is aangegeven voor de schenking onder ontbindende voorwaarde. Voor de heffing op het moment van de verkrijging van de tweede trap, geeft artikel 21 lid 7 SW 1956 aan dat voor de bepaling van de aard en de waarde het tijdstip waarop het genot van het geschonkene voor de verwachter aanvangt, beslissend is. Bij een 'echte' tweetrapsschenking staat artikel 53 lid 1 SW 1956 echter aan een restitutie van het schenkingsrecht bij het intreden van de ontbindende voorwaarde in de weg. Per saldo wordt het door de verwachter verkregen restant van het geschonkene derhalve twee keer met schenkingsrecht belast (zie W. Burgerhart, F.W.J.M. Schols, De schenking en gift naar nieuw recht op de valreep, *WPNR* 2003/6519; zie over deze problematiek met betrekking tot de tweetrapsmaking, *EstateTip* 2004-24).

Tot zover 'de' theorie.

Met welke oogmerken zou men de tweetrapsschenking in de estate planningspraktijk kunnen gebruiken? Zonder volledigheid na te streven, denken wij aan het volgende.

Zo kan met een tweetrapsschenking – al dan niet in het kader van estate planning – 'sturing' aan het geschonken vermogen worden gegeven en bijvoorbeeld voorkomen worden dat schoondochters of -vaders dan wel ex-echtgenoten via de verkrijging van het vermogen van de begiftigde daarvan profiteren. Ook kan men het vermogen doorsturen bij deconfitures van de bezwaarde begiftigde. Als men bedenkt dat de voorwaarde zelfs zuiver potestatief mag zijn, dat wil zeggen dat de vervulling daarvan uitsluitend van de wil van de schenker afhangt, nemen de aanwendingsmogelijkheden nog toe.

Voorts kunnen, ondanks de mogelijke, hiervoor gesignaleerde ‘dubbele heffing’, met de tweetrapsschenking – eveneens – fiscale doelen worden nagestreefd. Zo kan men de *generation skipping* daarmee verfijnen. Men ‘bespaart’ een vererving via de nalatenschap van het kind, zij het dat men de tariefopslag van 60% in de planning dient te betrekken. Verder kunnen – op gelijke wijze als met een tweetrapsmaking – *tariefgroepvoordelen* worden behaald en daardoor mede als een ‘quasi-droit de retour’ worden ingezet. Bij een schenking door ouders aan kinderen kan men – mits correct geformuleerd – betrekkelijk gevaarloos aangeven dat sprake is van een tweetrap voor het geval het begiftigde kind komt te overlijden zonder achterlating van verkrijgers in tariefgroep I en niet zélf over de bestemming van het geschonken vermogen heeft beschikt. Daarmee wordt een verkrijging door broers en zusters in tariefgroep II vermeden, omdat het geschonken vermogen dan wel het restant daarvan krachtens gift van de oorspronkelijke schenker, de ouder, wordt verkregen. Wij komen zeker nog op dit uitdagende estate planningsinstrument terug.

Tot volgende week!